



Fall-Nr.:	B 2017/197
Stelle:	Verwaltungsgericht
Rubrik:	Verwaltungsgericht
Publikationsdatum:	19.05.2018
Entscheiddatum:	19.05.2018



Entscheid Verwaltungsgericht, 19.05.2018

Ausländerrecht, Art. 44 lit. c AuG. Der am 1. November 2004 geschlossene Ehe des aus dem Kosovo stammenden Beschwerdeführers mit seiner in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Ehefrau wurde am 26. Januar 2010 geschieden und die gemeinsame am 22. Juni 2007 geborene Tochter unter die alleinige elterliche Sorge der Mutter gestellt. Der Beschwerdeführer erhielt ein Besuchsrecht und blieb aufgrund seiner affektiven und wirtschaftlichen Beziehung zur Tochter in der Schweiz aufenthaltsberechtigt. Im Jahr 2015 wurde er wegen Erleichterns des rechtswidrigen Aufenthalts bestraft. Anfangs 2017 wies das Migrationsamt sein Familiennachzugsgesuch für seine neue, ebenfalls aus dem Kosovo stammende Ehefrau wegen der Gefahr der Fürsorgeabhängigkeit ab. Am 13. September 2017 kam die gemeinsame Tochter zur Welt. Aufenthaltsberechtigte haben keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug. Dem Beschwerdeführer war es bereits in der Vergangenheit nicht möglich, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Seine Ehefrau kann trotz mehrfacher Ankündigung keine Zusicherung einer Arbeitsstelle vorweisen. Eine frühere Erwerbstätigkeit in Deutschland ist lediglich für ein halbes Jahr nachgewiesen. Die Ehe wurde zweifellos – bereits 2012 wurde ein Gesuch des Beschwerdeführers für seine damalige Ehefrau abgewiesen – im Wissen um die Möglichkeit der Abweisung eines Nachzugsgesuchs geschlossen. Die Ehefrau wohnt in Baden-Württemberg unmittelbar an der Schweizer Grenze. Art. 44 lit. c AuG ist als Voraussetzung des Familiennachzugs konventionsrechtlich – und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch verfassungsrechtlich – insbesondere dann anerkannt, wenn – wie vorliegend – die betroffenen Personen aufgrund ihres migrationsrechtlichen Status vernünftigerweise nicht davon ausgehen durften, ihre familiären Beziehungen künftig im Konventionsstaat leben zu können (Verwaltungsgericht, B 2017/197). Die gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ans Bundesgericht wurde mit Urteil vom 15. September 2020 gutgeheissen (Verfahren 2C_574/2018).

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Reiter, Verwaltungsrichter Zogg;
Gerichtsschreiber Scherrer



St.Galler Gerichte

Verfahrensbeteiligte

A.Y.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Adrian Fiechter, Poststrasse 6, Postfach 239,
9443 Widnau,

gegen

Sicherheits- und Justizdepartement des Kantons St. Gallen, Oberer Graben 32,
9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand

Familiennachzugsgesuch für D.S. und M.S.

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A. A.Y., geboren 1976, von Kosovo, reiste am 24. Mai 2000 illegal von Deutschland her, wo er im Jahr 1999 um Asyl ersucht hatte, in die Schweiz ein und ersuchte unter falscher Identität erfolglos um Asyl. Das Bundesamt für Flüchtlinge (heute Staatssekretariat für Migration) wies ihn am 7. Juni 2000 unter Ansetzung einer bis 7. Juni 2003 gültigen Einreisesperre aus der Schweiz weg und schaffte ihn am 8. Juni 2000 nach Deutschland aus.



B. Am 1. November 2004 heiratete A.Y. die in der Schweiz aufenthaltsberechtigte B.W. und erhielt am 30. Mai 2006 eine Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug. Am 22. Juni 2007 kam die gemeinsame Tochter K.W. zur Welt, die in der Schweiz niederlassungsberechtigt ist. Die Ehe wurde am 26. Januar 2010 geschieden und die Tochter unter die alleinige elterliche Sorge der Mutter gestellt. A.Y. erhielt ein Besuchsrecht und wurde zur Zahlung eines indexierten monatlichen Beitrags an den Unterhalt von K.W. von CHF 600 verpflichtet. Er blieb aufgrund seiner affektiven und wirtschaftlichen Beziehung zur Tochter in der Schweiz aufenthaltsberechtigt (VerwGE B 2011/160 vom 7. Dezember 2011, www.gerichte.sg.ch).

Am 26. Juni 2012 heiratete A.Y. in seiner Heimat seine Landsfrau C.T., geboren 1978. Sein Gesuch um Familiennachzug wurde am 29. Juni 2013 mangels genügender finanzieller Mittel abgewiesen und die Ehe am 13. November 2014 wieder geschieden. Am 9. Oktober 2015 wurde A.Y. wegen Erleichterns des rechtswidrigen Aufenthaltes – er hatte vom 23. August 2014 bis 11. Mai 2015 seine in der Schweiz nicht (mehr) anwesenheitsberechtigte kosovarische Freundin in seiner Wohnung beherbergt – zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu je CHF 60, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von zwei Jahren, und zu einer Busse von CHF 1'000 verurteilt.

C. A.Y. heiratete am 11. Juli 2016 in Q. seine in X.-L./D wohnhafte Landsfrau D.S., geboren 1981. Sie ist die Mutter von zwei Kindern (geb. 2002 und 2003) aus einer früheren Ehe, für die ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht zukommt. Das Migrationsamt wies das Gesuch von A.Y., es sei D.S. im Familiennachzug der Aufenthalt in der Schweiz zu bewilligen, am 9. Januar 2017 wegen der Gefahr einer fortgesetzten und erheblichen Fürsorgeabhängigkeit ab. Am 24. Januar 2017 kam die gemeinsame Tochter M.S., zur Welt. Das Sicherheits- und Justizdepartement wies den von A.Y. gegen die Verfügung des Migrationsamts erhobenen Rekurs mit Entscheid vom 13. September 2017 ab.

D. A.Y. (Beschwerdeführer) erhob gegen den am 13. September 2017 versandten Rekursentscheid des Sicherheits- und Justizdepartements (Vorinstanz) durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 28. September 2017 und Ergänzung vom 16. Oktober 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, eventualiter unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege



und -verbeiständung, und unter Gewährung des prozeduralen Aufenthalts sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Gesuch um Nachzug der Ehefrau und der gemeinsamen Tochter sei zu bewilligen. Von einer zwangsweisen Wegweisung von D.S. und der neugeborenen Tochter des Beschwerdeführers sei abzusehen.

Die Vorinstanz verwies mit Vernehmlassung vom 30. Oktober 2017 auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Vorbringen des Beschwerdeführers zur Begründung seiner Anträge sowie die Akten wird – soweit wesentlich – in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Das Verwaltungsgericht ist zum Entscheid in der Sache zuständig (Art. 59^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Der Beschwerdeführer ist Adressat des angefochtenen Entscheides, mit dem sein Gesuch um Bewilligung des Nachzugs seiner Ehefrau und der – während des Rekursverfahrens geborenen – gemeinsamen Tochter abgewiesen wurde, und damit zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerde gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 13. September 2017 wurde mit Eingabe vom 28. September 2017 rechtzeitig erhoben und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 16. Oktober 2017 in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten (vgl. aber nachfolgend Erwägungen 3 und 4).

2.

2.1. Der Nachzug ausländischer Familiangehöriger von Personen mit Aufenthaltsbewilligung wird durch Art. 44 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20, AuG) geregelt. Gemäss Art. 44 AuG kann ausländischen Ehegatten und ledigen Kindern unter 18 Jahren von Personen mit



Aufenthaltsbewilligung eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (lit. a), eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist (lit. b) und sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind (lit. c), sofern das Nachzugsgesuch fristgerecht eingereicht worden ist (vgl. Art. 73 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit; SR 142.201, VZAE). Dabei handelt es sich um eine Kann-Bestimmung; im Gegensatz zu Art. 42 und 43 AuG besteht kein Rechtsanspruch auf Familiennachzug. Vielmehr liegt die Bewilligung des Familiennachzugs im behördlichen Ermessen (vgl. BGE 137 I 284 E. 1.2 und 2.3.2). Dabei gilt es auch, die Widerrufsgünde nach Art. 62 AuG zu beachten. Mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde können gemäss Art. 61 Abs. 1 und 2 VRP lediglich Rechtsverletzungen (einschliesslich Ermessensmissbrauch) sowie die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Das Verwaltungsgericht kann deshalb die Ausübung des Ermessens durch das Migrationsamt und die Vorinstanz nur überprüfen, soweit eine rechtsfehlerhafte Ermessenshandhabung – und nicht lediglich die Unangemessenheit – in Frage steht (vgl. VerwGE B 2013/219 vom 17. Dezember 2015 E. 2.2, www.gerichte.sg.ch).

2.2.

2.2.1. Umstritten ist, ob der Beschwerdeführer – allenfalls zusammen mit der Ehefrau – den Familiennachzug finanziell tragen kann. Mit Art. 44 lit. c AuG will der Gesetzgeber eine zusätzliche und damit künftige Belastung der öffentlichen Hand vermeiden. Ob eine weitere Belastung der Sozialhilfe bei der Bewilligung des Familiennachzugs erfolgt, ist jedoch nicht mit Sicherheit feststellbar. Es ist deshalb auf die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung bei der ausländischen Person abzustellen. Für die Bejahung dieses Widerrufgrundes ist eine konkrete Gefahr der Sozialhilfeabhängigkeit erforderlich und es kann dafür weder auf Hypothesen noch pauschalisierte Gründe abgestellt werden. Neben den bisherigen und den aktuellen Verhältnissen ist auch die wahrscheinliche finanzielle Entwicklung auf längere Sicht abzuwägen (vgl. BGer 2C_900/2014 vom 16. Juli 2015 E. 2.2 f. zu Art. 62 Abs. 1 lit. e AuG mit Hinweisen). Bejaht wird die Dauerhaftigkeit der Sozialhilfeabhängigkeit, wenn im Zeitpunkt des Entscheids nicht mit einer Verbesserung der Situation gerechnet werden kann und das Fürsorgerisiko aller Wahrscheinlichkeit nach bestehen bleibt. Dabei wirkt sich eine



hohe Verschuldung negativ auf die Zukunftsprognose aus (VerwGE B 2016/31 vom 20. Dezember 2016 E. 4.1 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch).

2.2.2. Für die Berechnung der notwendigen finanziellen Mittel ist die Vorinstanz von den VOF-Richtlinien (www.vof.ch) ausgegangen. Die Anwendung der VOF-Richtlinie im Zusammenhang mit dem Erlöschen und Widerruf der ausländerrechtlichen Bewilligungen entspricht an sich der Praxis des Verwaltungsgerichts (VerwGE B 2011/196 vom 12. April 2012 E. 2.1.1 mit Hinweisen, www.gerichte.sg.ch), da es für die Prognose, ob der nachziehende Ausländer auf längere Sicht effektiv in der Lage sein wird, für sich und seine Familie aufzukommen, sinnvoll ist, möglichst von den Kosten auszugehen, die dem nachziehenden Ausländer tatsächlich anfallen werden statt von einem erheblich tieferen theoretischen Notbedarf, der ihm bei einem bescheidenen Lebenswandel gerade noch zugemutet werden könnte. Das Bundesgericht bezeichnet es aber als sachfremd, im Rahmen von Art. 62 lit. e AuG andere Kriterien anzuwenden als für die effektive Zusprache von Sozialleistungen, weshalb es den Ergänzungsbedarf bei der Berechnung grundsätzlich ausklammert (VerwGE B 2012/112 vom 12. März 2013 E. 3.4.1 mit Hinweisen, insbesondere auf BGer 2C_685/2010 vom 30. Mai 2011 E. 2.3.3; vgl. auch VerwGE B 2017/95 vom 26. April 2018 E. 3, www.gerichte.sg.ch).

2.2.3. Die Vorinstanz ging von einem monatlichen Mindestbedarf des Beschwerdeführers von CHF 5'288.85 aus. Die aktuellen Mietkosten von monatlich CHF 1'390 sind gemäss neu eingereichtem Mietvertrag einzuberechnen (act. 2/8). Dass der Beschwerdeführer Zusatzverbilligungen des Mietzinses beansprucht, wird nicht geltend gemacht. Dem Mindestbedarf gegenüberzustellen ist das Nettoeinkommen des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz ging dabei – unter Berücksichtigung eines 13. Monatslohns, nach Abzug der Quellensteuer sowie zuzüglich CHF 200 Kinderzulagen – von einem unbestritten gebliebenen monatlichen Nettoeinkommen von CHF 4'093.20 aus. Insgesamt verbleibt – selbst wenn der Ergänzungsbedarf von CHF 609 nicht berücksichtigt würde – ein signifikantes Manko von gesamthaft CHF 838.65.

Ein Manko ist selbst dann weiter zu erwarten, wenn die vom Beschwerdeführer zu bezahlenden Kinderalimente an seine Tochter K.W. aus früherer Ehe reduziert würden. Abgesehen davon, dass die Voraussetzung dafür wohl eine Verschlechterung der



wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers wäre, wird der Umfang der möglichen Reduktion in der Beschwerde auch nicht quantifiziert. Die Kinderalimente betragen momentan CHF 600. Selbst wenn in grosszügiger Weise davon ausgegangen würde, dass die Kinderalimente um die Hälfte auf monatlich CHF 300 reduziert würden, so bestände auch dann noch ein erhebliches Manko von CHF 538.65.

Der Beschwerdeführer hat sodann gemäss Betreibungsregisterauszug vom 11. November 2016 beim Betreibungsamt O. acht offene Beteiligungen im Betrage von CHF 42'181.20 (Vorakten, Dokument 258/280). Dies zeigt, dass es ihm bereits in der Vergangenheit nicht möglich war, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, sondern dass er auf die öffentliche Hand angewiesen war. Auch dieser Umstand wirkt sich negativ auf die Zukunftsprognose aus.

2.2.4. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Ehefrau habe gute Chancen, in der Schweiz zeitnah eine geeignete Stelle zu finden. In diesem Zusammenhang weist er insbesondere auf die guten Deutschkenntnisse der Ehefrau hin. Auch die Betreuung der Tochter sei während der Abwesenheit der Ehefrau sichergestellt.

Die Vorinstanz hält in E. 4b/dd unter Hinweis auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zutreffend fest, dass das Einkommen des Angehörigen, der an die Lebenshaltungskosten der Familie beitragen soll, daran zu messen ist, ob und in welchem Umfang es tatsächlich realisierbar ist. In diesem Sinne müssen die Erwerbsmöglichkeiten und das damit verbundene Einkommen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf mehr als nur kurze Frist hin gesichert erscheinen (BGer 2C_31/2012 vom 15. März 2012 E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. dazu ebenfalls VerwGE B 2017/95 vom 26. April 2018 E. 3, www.gerichte.sg.ch).

Die Ehefrau der Beschwerdeführerin kann – trotz mehrfacher Ankündigung – bis heute keine Zusicherung einer Arbeitsstelle vorweisen. Insofern ist die Vorinstanz zu Recht nicht davon ausgegangen, dass ihre Erwerbsmöglichkeit mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit als gesichert erscheint. Im Übrigen ist für die Ehefrau gemäss Akten eine Erwerbstätigkeit in Deutschland lediglich für die Dauer eines halben Jahres nachgewiesen, obwohl sie seit mehreren Jahren dort lebt und die Betreuung ihrer beiden 2002 und 2003 geborenen Kinder zumindest in den letzten Jahren jedenfalls



eine teilweise Erwerbstätigkeit nicht ausgeschlossen hätte. Im Anschluss kam es zu keiner neuen Anstellung. Als Grund dafür bringt der Beschwerdeführer vor, der Ehefrau sei es aufgrund ihrer familiären Verpflichtungen nicht möglich und zumutbar gewesen, eine hundertprozentige Tätigkeit aufzunehmen. Mit anderen Worten gelang es ihr offensichtlich nicht, eine Teilzeitstelle zu finden. Inwiefern ihre Aussichten, eine Teilzeitstelle zu finden in der Schweiz nun besser sein sollen, wird indessen weder vorgebracht noch ist dies ersichtlich. Allein der Umstand, dass die Ehefrau in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachgehen will, genügt nicht. Ein hypothetisches Einkommen der Ehefrau kann damit nicht angerechnet werden.

2.2.5. Vor diesem Hintergrund ist im Ergebnis die vorinstanzliche Feststellung, es bestehe konkret die Gefahr, dass der Beschwerdeführer und seine Familie in Zukunft auf Sozialhilfe angewiesen sein würden (Art. 44 lit. c AuG), wenn der Nachzug der Ehefrau und des Kindes gewährt werden, nachvollziehbar.

2.3.

2.3.1. Zu prüfen bleibt, ob sich die Verweigerung des Familiennachzugs aufgrund einer Interessenabwägung als verhältnismässig erweist. Dabei sind gemäss Art. 96 Abs. 1 AuG namentlich die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie der Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen.

Vorliegend sind auch die aus Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) und Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) abzuleitenden Ansprüche zu beachten, weil der für seine Ehefrau um Familiennachzug ersuchende Beschwerdeführer über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits gestützt auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht. Letzterer gründet auf Art. 50 Abs. 1 lit. b AuG, da der Beschwerdeführer in affektiver Hinsicht eine überdurchschnittlich enge Beziehung zu seiner Tochter unterhält und damit ein wichtiger persönlicher Grund zum Verbleib in der Schweiz besteht. Diese Bestimmungen garantieren zwar kein Recht auf Aufenthalt in einem bestimmten Staat. Es kann aber die entsprechenden Garantien verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier leben und in der Schweiz über ein gefestigtes



Anwesenheitsrecht verfügen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird (BGE 135 I 143 E. 1.3.1; 135 I 153 E. 2.1; 130 II 281 E. 3.1 mit Hinweisen). Das in Art. 8 EMRK beziehungsweise Art. 13 BV geschützte Recht ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Schwierigkeiten möglich beziehungsweise von vornherein zuzumuten wäre, das Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 139 I 330 E. 2.1 mit Hinweisen und 135 I 153 E. 2.1; vgl. auch VerwGE B 2013/247 vom 24. März 2015 E. 2.1, www.gerichte.sg.ch). Der Anspruch gilt indessen nicht absolut: Liegt eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK, erweist sich diese als zulässig, falls sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK dient und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft „notwendig“ ist. Konvention und Bundesverfassung verlangen, dass die individuellen Interessen an der Erteilung beziehungsweise am Erhalt des Anwesenheitsrechts und die öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung gegeneinander abgewogen werden. Das öffentliche Interesse überwiegt, wenn die Massnahme durch ein „herausragendes soziales Bedürfnis“ gerechtfertigt ist und in Bezug auf das rechtmässig verfolgte Ziel verhältnismässig erscheint bzw. einer „fairen“ Interessenabwägung entspricht (BGE 139 I 330 E. 2.1 f. mit Hinweisen).

2.3.2. Der Vorinstanz ist zu folgen, wenn sie ausführt, dass ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, den Familiennachzug wegen der Gefahr der (zukünftigen) Sozialhilfeabhängigkeit zu verweigern, um eine zusätzliche und künftige Belastung der öffentlichen Wohlfahrt zu vermeiden. Als zulässiges öffentliches Interesse fällt dabei auch das Durchsetzen einer restriktiven Einwanderungspolitik beziehungsweise der Schutz des wirtschaftlichen Wohls des Landes vor unkontrollierter Einwanderung in Betracht. Eine solche ist im Hinblick auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen schweizerischer und ausländischer Wohnbevölkerung, auf die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz bereits ansässigen Ausländer und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie auf eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung im Lichte von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zulässig (vgl. BGE 137 I 284 E. 2.1 mit Hinweisen).



2.3.3. Das private Interesse des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau am Familiennachzug liegt darin, ihre am 11. Juli 2016 begründete eheliche Gemeinschaft künftig gemeinsam in der Schweiz leben zu können. Daneben sollen der Vater, der Bruder sowie die Schwester der Ehefrau ebenfalls in der Schweiz leben, wobei die in diesem Zusammenhang mehrmals vom Beschwerdeführer angekündigten Wohnbescheinigungen trotz der den Beschwerdeführer treffenden Mitwirkungspflicht auch während des Beschwerdeverfahrens nicht eingereicht worden sind. Seitens des Beschwerdeführers lebt sodann die Tochter K.W. aus früherer Ehe in der Schweiz, für welche er ein Besuchsrecht besitzt und monatlich Alimente zu bezahlen hat. Weitere private Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur beziehungsweise entsprechende vertiefte soziale Beziehungen der Ehefrau im ausserfamiliären Bereich in der Schweiz sind weder erstellt noch werden solche geltend gemacht (vgl. dazu BGE 130 II 281 E. 3.2.1 und Zünd/Hugi Yar, Aufenthaltsbeendende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens, EuGRZ 40/2013 S. 1 ff. Rz. 35 ff. mit Hinweisen).

Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung der Ehefrau führt insofern zur Trennung vom Beschwerdeführer, als die eheliche Gemeinschaft derzeit und bis auf Weiteres nicht dauerhaft in der Schweiz gelebt werden kann. Nicht übersehen werden darf, dass die Ehe zweifellos im Wissen und in Kenntnis geschlossen wurde, dass die Ehefrau (noch) über keine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verfügt und eine reelle Chance besteht, dass ein Gesuch um Familiennachzug abgewiesen würde. Immerhin wurde bereits 2012 ein entsprechendes Gesuch des Beschwerdeführers für seine zweite Ehefrau C.T. abgewiesen, da er auch damals nicht über genügende finanzielle Mittel verfügte und bei einem Familiennachzug die Gefahr einer erheblichen Fürsorgeabhängigkeit bestand (Vorakten, Dokument 197/280). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die finanzielle Situation seit damals verbessert haben soll. Vor diesem Hintergrund haben die Eheleute in bewusster Inkaufnahme des Verzichts auf ein gemeinsames Eheleben in der Schweiz geheiratet und eine Familie gegründet, weshalb sie diese Konsequenz nunmehr grundsätzlich alleine zu tragen haben. Besondere Umstände, um die Anwesenheit der Ehefrau gestützt auf Art. 8 EMRK zu bewilligen oder wenigstens zu dulden, sind nicht ersichtlich. Das Eheleben kann mit Blick auf die nicht unüberwindbare räumliche Distanz zwischen dem Wohnort des Beschwerdeführers in O. in der Schweiz und der im Landkreis X. im südöstlichsten Teil



von Baden-Württemberg unmittelbar an der Grenze zur Schweiz gelegenen Gemeinde P./D, wo die Ehefrau gemäss Akten in Deutschland wohnhaft ist (Vorakten, Dokument 253/280; act. 6/3), mittels Besuchen aufrecht erhalten werden. Ferner ist nicht ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer einen Wohnsitz in unmittelbarer Nähe zur deutschen Grenze begründet und die örtliche Distanz damit weiter reduziert. Gleichzeitig kann das Familienleben mittels der vielfältigen modernen Kommunikationsmittel aufrechterhalten werden. Dasselbe gilt auch bezüglich der angeblich in der Schweiz lebenden weiteren Familienmitglieder der Ehefrau. Auch der Kontakt zu diesen kann mittels Besuchen und über moderne Kommunikationsmittel in umfassendem Masse gepflegt werden. Im Übrigen tat die Ehefrau dies wohl auch während der – gemäss Akten – 15 Jahre, in denen sie in Deutschland lebte. Dort leben sodann die beiden 2002 und 2003 geborenen Kinder der Ehefrau, deren elterliche Sorge sie zwar mit ihrem geschiedenen Ehemann teilt, über deren Aufenthalt sie aber bestimmen darf und für die sie – wie in der Beschwerde vorgebracht wird (act. 5 Seite 3) – umfassend betreuungspflichtig ist. Der Beschwerdeführer bringt sodann selbst vor, die Ehefrau spreche sehr gut Deutsch; eine Integration in Deutschland beziehungsweise die Knüpfung sozialer Kontakte war damit zweifelsfrei möglich. Der Einwand, dass die Ehefrau in Deutschland keinerlei intakte Kontakte pflegte, ist deshalb nicht plausibel. Dass die Ehefrau nicht nach Deutschland zurückkehren kann, wo sie gemäss Akten eine Aufenthaltserlaubnis bis 2022 hat (Vorakten, Dokument 237/280), ist im Übrigen nicht ersichtlich und wird im Einzelnen auch nicht dargetan.

2.4. Der Beschwerdeführer macht geltend, Art. 44 lit. c AuG verletze das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 BV und Art. 14 EMRK, weil er Familien in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen benachteilige. Art. 44 lit. c AuG verlangt für die – ermessensweise – Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Familiennachzug, dass die betroffenen Personen nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind. Trotz des an sich klaren und eindeutigen Wortlauts der Regelung und der Massgeblichkeit der Bundesgesetze für den Rechtsanwender gemäss Art. 190 BV, schliesst die Bestimmung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine verfassungs- und konventionskonforme Auslegung und Anwendung – so beim Anspruch anerkannter Flüchtlinge mit Asyl auf Familiennachzug – nicht aus (vgl. BGE 139 I 330 E. 3.2, anders BGer 2C_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2.4 zu Art. 42 Abs. 2 AuG). Das Zulassungskriterium des Vorhandenseins



hinreichender finanzieller Mittel und damit der Entlastung der Sozialhilfe und der öffentlichen Finanzen ist als Voraussetzung des Familiennachzugs konventionsrechtlich – und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch verfassungsrechtlich – insbesondere dann anerkannt, wenn – wie vorliegend – die betroffenen Personen aufgrund ihres migrationsrechtlichen Status vernünftigerweise nicht davon ausgehen durften, ihre familiären Beziehungen künftig im Konventionsstaat leben zu können (vgl. BGer 2C_762/2013 vom 31. Januar 2014 E. 4.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte). Angesichts der konkreten Umstände – der Beschwerdeführer stammt aus dem Kosovo und verfügt zwar aufgrund der Beziehung zu seiner niederlassungsberechtigten minderjährigen, jedoch nicht in seiner Obhut stehenden Tochter (geb. 2007) aus einer früheren Ehe über ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz, seine Ehefrau stammt ebenfalls aus dem Kosovo und hat ein Anwesenheitsrecht in Deutschland, für beide ist also ein Aufenthalt in der Schweiz nicht zwingend – führt die Anwendung von Art. 44 lit. c AuG im vorliegenden Fall zu keinem verfassungs- oder konventionswidrigen Ergebnis.

2.5. Zusammenfassend kann der Vorinstanz keine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens vorgeworfen werden, wenn sie das öffentliche Interesse an der Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände schwerer gewichtete als die privaten Interessen des Beschwerdeführers an einer Familienzusammenführung in der Schweiz. Insbesondere verletzt der angefochtene Entscheid weder verfassungsmässige Ansprüche des Beschwerdeführers noch das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet. Sollte die anspruchsbegründende eheliche Gemeinschaft fortbestehen und sollten sich die finanziellen Verhältnisse der Familie verbessern, bleibt es dem Beschwerdeführer unbenommen, ein neues Gesuch um Familiennachzug zu stellen.

3. Mit dem Entscheid in der Hauptsache fällt das Begehren des Beschwerdeführers, seiner Ehefrau und der gemeinsamen Tochter sei der Aufenthalt während der Dauer des Beschwerdeverfahrens im Sinn einer vorsorglichen Massnahme zu gewähren, dahin (vgl. BGE 136 V 131 E. 1.1.2 mit Hinweisen auf BGE 135 III 238 E. 2, 134 I 83 E. 3.1 und 134 II 349 E. 1.3). Abgesehen davon ist aus der Eingabe des Beschwerdeführers an das Migrationsamt vom 26. Oktober 2017, mit welcher er das



Migrationsamt um Bestätigung der Aufhebung der per 6. November 2017 angesetzten Ausreisefrist ersuchte (act. 9.1), und dem Umstand, dass er nicht auf dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Beschwerdeverfahren beharrt hat, zu schliessen, die Ehefrau und die Tochter des Beschwerdeführers seien vom Migrationsamt während des Beschwerdeverfahrens weder weggewiesen und zur Ausreise aufgefordert noch zwangsweise ausgeschafft worden.

4. Der Beschwerdeführer beantragt sodann, auf eine zwangsweise Wegweisung seiner Ehefrau und der Tochter aus der Schweiz sei zu verzichten. Eine Begründung zu diesem Antrag lässt sich weder der Eingabe vom 28. September 2017 noch der Ergänzung vom 16. Oktober 2017 entnehmen. Damit bleibt auch der Inhalt des Antrags unklar. Insbesondere fragt sich, ob der Beschwerdeführer die Wegweisung trotz Abweisung des Gesuchs um Familiennachzug als solche oder aber die Anwendung von Zwangsmassnahmen im Sinn von Art. 73 ff. AuG und Zwangsmitteln gestützt auf Art. 2 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, SR 363) beim Vollzug einer Wegweisung als unzulässig erachtet. Sodann hat sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid mit dem gleichlautenden Antrag nicht ausdrücklich auseinandergesetzt, jedoch im Dispositiv das Migrationsamt auch nicht zur Ansetzung einer Ausreisefrist eingeladen. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass eine förmliche Wegweisungsverfügung im Sinn von Art. 64 AuG bisher nicht Gegenstand des Verfahrens war und der Antrag in der Beschwerde zudem unbegründet blieb (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 VRP). Dementsprechend ist auf den Antrag nicht einzutreten.

5. Dem Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung, dessen Behandlung in den Zuständigkeitsbereich des Abteilungspräsidenten fällt (vgl. Art. 6 Abs. 2 des Reglements über die Organisation und den Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts, sGS 941.22), ist angesichts der erstmaligen und einzigen umfassenden kantonalen richterlichen Prüfung des Gesuchs um Familiennachzug und des – mit der Abweisung der Beschwerde und damit des Gesuchs verbundenen – schweren Eingriffs in das Familienleben des Beschwerdeführers, seiner ausgewiesenen Bedürftigkeit und des Umstands, dass die Beschwerde nicht von vornherein als aussichtslos erschien, zu entsprechen (Art. 99



Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 lit. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung, SR 272, ZPO).

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Beschwerdeführer zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 2'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Die Kosten gehen infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zulasten des Staates. Auf die Erhebung ist zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Vor Verwaltungsgericht wird die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt (Art. 99 Abs. 1 VRP). Die staatliche Honorarordnung wird für die Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens der Verwaltungsrechtspflege angewendet, wird die unentgeltliche Rechtsverteidigung bewilligt (siehe Art. 30 lit. b Ziff. 2 des Anwaltsgesetzes; sGS 963.70, AnwG). Bei unentgeltlicher Prozessführung wird das Honorar um einen Fünftel herabgesetzt (Art. 31 Abs. 3 AnwG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Verwaltungsgericht pauschal CHF 1'000 bis 12'000 (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten; sGS 963.75, HonO). Innerhalb des für eine Pauschale gesetzten Rahmens wird das Grundhonorar nach den besonderen Umständen, namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, bemessen (vgl. Art. 19 HonO). Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. Ein Pauschalhonorar von CHF 2'000, das um einen Fünftel auf CHF 1'600 zu kürzen ist, erscheint angemessen. Hinzu kommen pauschale Barauslagen von CHF 80 (vier Prozent von CHF 2'000, Art. 28^{bis} HonO) sowie die Mehrwertsteuer zum Satz von acht Prozent, zumal die wesentlichen anwaltlichen Leistungen vor dem 1. Januar 2018 erbracht wurden (Art. 29 HonO, vgl. Ziff. 2.1 der MWST-Info 19 zur Steuersatzänderung per 1. Januar 2018, www.estv.admin.ch).

Demnach verfügt der Abteilungspräsident zu Recht:



Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung wird entsprochen und Rechtsanwalt Adrian Fiechter, Widnau, als Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bestimmt.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 2'000 werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der Betrag geht zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zulasten des Staates. Auf die Erhebung wird verzichtet.
3. Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers aus unentgeltlicher Rechtsverbeiständung für das Beschwerdeverfahren mit CHF 1'680 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer.

Der Abteilungspräsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Scherrer